

COMMON LAW DISCOVERY UND INTERNATIONALE PRIVATE SCHIEDSGERICHTSBARKEIT

ISTVÁN VARGA

Lehrstuhl für Zivilprozessrecht
Telefonnummer.: (36-1) 411-6522
E-mail: vargai@ajk.elte.hu

1. Der Zusammenhang zwischen discovery, jury und evidence rules

Die Eigenarten des US-amerikanischen Zivilprozesses, so vor allem die Beweismittelerforschungsverfahren (pre-trial discovery), das Zerfallen des Verfahrens in eine Vorverhandlungs- und eine Verhandlungsphase (pre-trial/trial), das besondere Gewicht der Rechtsanwälte und die korrespondierende schwache Stellung des Richters bei der Beweisermittlung (adversary process), sowie die Laienbeteiligung an der Entscheidungsfindung (jury), und schließlich auch die spezifischen, die Präsentation des Tatsachenstoffes vor Gericht betreffenden Regeln (evidence rules) können nur in ihrem wechselseitigen Verhältnis zueinander verstanden werden. Diese Wechselwirkung zwischen den genannten Elementen ist so stark, dass sie einander wie in einem Organismus voraussetzen.

Dieser Befund hat besondere Konsequenzen für die Art und Weise der Tatsachenermittlung in internationalen Handelsschiedsverfahren. Bei einem Wegfall des einen oder anderen Elements – wie dies insbesondere im Schiedsverfahren der Fall ist – verlieren nämlich wiederum andere ihre Funktionsfähigkeit und sogar ihren Sinn. Aus dem oben geschilderten Sinnzusammenhang heraus wird im Folgenden versucht, die wichtigsten Konsequenzen für die Schiedsgerichtsbarkeit sichtbar zu machen.

So erklären sich das Übergewicht der Rechtsanwälte bei der Beweismittelerforschung in der Vorverhandlungsphase und das Zerfallen des Verfahrens in eine solche und eine Verhandlungsphase grundsätzlich aus dem auf Verfassungsebene konstituierten Recht auf jury-Verfahren in Zivilsachen, also aus der Laienbeteiligung heraus. Sobald das aus Laien zusammengesetzte Tatsachenfindungsorgan zusammengestellt ist und mit den Tatsachen und Beweismitteln konfrontiert ist, müssen alle tatsächlichen Grundlagen des Prozesses restlos zur Verfügung stehen. Eine Vertagung zwecks Präsentation neuer Beweismittel

ist dem konzentrierten amerikanischen Prozess vor allem mit Blick auf die nunmehr konstituierte jury fremd.¹

In noch stärkerem Maße ist diese wechselseitige Bindung zwischen jury-Verfahren und dem law of evidence vorhanden. Letzteres, also die die Beweismittelpräsentierung in der Verhandlung regelnde – und vor allem beschränkende – Vorschriftensammlung² schöpft ja ihre Daseinsberechtigung ausschließlich aus der Tatsache der Laienbeteiligung. Den Geschworenen kann nicht zugemutet werden, dass sie nach allen Tricks der auftretenden Rechtsanwälte noch unbeeinflusst und unparteiisch bleiben. Zur Unterbindung der unsachlichen Beeinflussung, bzw. Emotionalisierung der jury bedarf es einer Reihe von Regeln, die bestimmte Handlungen bei der Beweismitteldarbietung, bestimmte Fragen und sogar bestimmte Beweismittel überhaupt ausschließen.

Vor diesem Hintergrund und im Hinblick auf unsere obigen Überlegungen, nach denen für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit die schiedsrichterliche Beweisverfahrenskontrolle besser geeignet ist, als die Parteiherrschaft US-amerikanischer Prägung, scheint sich eine ganze Reihe der Fragen, die die discovery in internationalen Schiedsverfahren betreffen, von selbst zu erledigen. Es könnte sich ergeben, dass für die spezifisch amerikanische prozessuale Rollenverteilung, sowie für den ebenfalls spezifischen getrennten Aufbau des Verfahrens und somit für die Art und Weise, wie im US-amerikanischen Zivilprozess Beweismittel erforscht werden, in der schiedsrichterlichen Praxis erst gar kein Bedürfnis entsteht. Wäre dem so, würden viele – durchaus vorhandene – Befürchtungen europäischer Parteien hinsichtlich des Ablaufs des Verfahrens gegenstandslos werden.

Auf jahrzehntelange praktische Erfahrungen zurückgehende Analysen³ zeigen, dass die zuvor aufgestellten Vermutungen im Großen und Ganzen stimmen, d.h. für eine pre-trial discovery US-amerikanischen Stils in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Regel kein Bedürfnis besteht.⁴ Selbstverständlich

¹ Vgl. *Gerber*, 34 Am.J.Comp.L. 745, 753 (1986).

² Federal Rules of Evidence, woran sich übrigens auch die meisten einzelstaatlichen Rules of Evidence als Vorbild halten. Vgl. die Aufzählung der sich am Bundesrecht orientierenden Einzelstaaten bei *Timmerbeil*, Witness Coaching und Adversary System, S. 37, Fn. 201.

³ Vgl. vor allem *Lowenfeld*, in: *Conflicting Legal Cultures*, S. 19 ff.

⁴ Aus der Fülle der diesen Befund bestätigenden Literatur sei im Rahmen einer Auswahl nur Folgendes zitiert: *Redfern/Hunter*, Rn. 6-70; *Craig/Park/Paulsson*, §26.01, S. 450; *Hay*, in: *Breidenbach*, Konsensuale Streitbeilegung, S. 108; *Thorens*, *Études Lalive*, 693, 695; *Böckstiegel*, *Études Lalive*, 423, 433; *Born*, *International Commercial Arbitration*, 477; *Weigand*, *RIW* 1992, 361, 363; *J.-Cl. Proc.civ. Fasc. 1068* (S. 44, par *Gaillard*). Neuerdings gibt es jedoch auch entgegengesetzte Stellungnahmen, die – zumindest in Amerika und dort zurückführbar auf die zunehmende Beteiligung amerikanischer Anwälte am Schiedsverfahren – ein Umsichgreifen der arbitral discovery registrieren. So etwa *Carbonneau*, in: *Gottwald*, *Schiedsgerichtsbarkeit*, S. 875, 887.

können aber die Parteien in ihrer Schiedsvereinbarung die Durchführung einer US-amerikanischen discovery festlegen, bzw. hierzu das Schiedsgericht ermächtigen.⁵ Dies wird jedoch gerade in internationalen Schiedsverfahren, in denen nur die eine Seite aus dem common law Rechtskreis kommt schon aus taktischen Überlegungen der anderen Partei heraus recht selten geschehen.⁶

2. Der Wegfall der Laienbeteiligung

Zum einen ist kein Interesse in Schiedsverfahren sichtbar, das eine Laienbeteiligung an der Beurteilung der Tatsachenseite des Rechtsstreits rechtfertigen würde. Das Institut der jury kann selbst in Amerika nur historisch erklärt werden, nämlich als Schutzmechanismus des (amerikanischen) Volkes gegen den Entscheidungsformalismus des (englischen) Richters, und somit als Symbol der volksnahen Rechtsprechung. Das völlige Fehlen der jury in internationalen Schiedsverfahren, wo es den Parteien weniger auf solche gesellschaftlichen Aspekte, vielmehr auf eine sachlich richtige, zügige und nicht zuletzt vertrauliche Erledigung des Rechtsstreits ankommt⁷, macht den geschilderten Aufbauunterschied zwischen amerikanischem und europäischem Zivilprozess praktisch gegenstandslos. Zwar ist es theoretisch nicht ausgeschlossen, ein internationales Schiedsverfahren dem amerikanischen Zivilprozess nachzubilden und sogar eine jury einzuberufen, zu einer solchen Konstellation kommt es aber in der Praxis nicht zuletzt auch in rein amerikanischen (geschweige denn internationalen) Verfahren schon deswegen nicht, weil zur Beurteilung der Tatsachenseite in der Regel solche Schiedsrichter berufen werden, die oft schon selbst Sachverständige⁸ auf dem betreffenden Gebiet sind. Darüber hinaus bilden den Gegenstand internationaler Schiedsverfahren in der überwiegenden Mehrheit der Fälle solche Transaktionen des internationalen Handels- und Wirtschaftsverkehrs, mit denen Geschworene aus den meisten Bevölkerungsschichten recht wenig anfangen könnten.⁹ Hinzu kommt noch der bereits erwähnte zeitliche Aspekt: Die Konstituierung einer jury vor der Hauptver-

⁵ So *Schwab/Walter*, 15, Rn. 8.

⁶ Anders ist die Lage bei rein amerikanischen Schiedsverfahren, wo der Gebrauch von discovery-Methoden jüngst immer häufiger wird. Vgl. *Robbins*, 63 *Fordham Law Review* 1551 (1995).

⁷ Deswegen wird das Schiedsverfahren im Bewusstsein amerikanischer Juristen zunehmend auch als Zuflucht vor den häufigen Unsachlichkeiten eines jury-trial präsent. Vgl. nur *Myles/Reese*, *Arbitration: Avoiding the Runaway Jury*, 23 *American Journal of Trial Advocacy* 129 (1999).

⁸ Vgl. *Schwab/Walter*, 15, Rn. 8; *Henn*, *Schiedsverfahrensrecht*, Rn. 338; *Baumbach/Lauterbach/Albers*, § 1042 Rn. 10.

⁹ Vgl. *Lowenfeld*, in: *Conflicting Legal Cultures*, S. 19 ff.

handlung ist erfahrungsgemäß unverhältnismäßig zeitraubend.¹⁰ Auch ein weiterer Hauptvorteil des Schiedsverfahrens, der Ausschluss der Öffentlichkeit¹¹ ginge verloren, wollte man eine jury am Verfahren beteiligen.

Mit dem Wegfall der jury kommen selbstverständlich auch die evidence rules nicht zur Anwendung¹², was eine weitere Annäherung des ganzen Verfahrens an kontinental-europäische Vorstellungen zur Folge hat. Zwar können die Grundsätze, die dem evidence-System zugrunde liegen, bei amerikanischen Schiedsrichtern weiter im Bewusstsein wirken¹³, nur wird sicherlich eine Gewichtsverschiebung zugunsten der Beweiswürdigung zu beobachten sein.¹⁴ Die Präsentation von Beweismitteln wird also praktisch niemals ausgeschlossen sein – da hierzu ja in Abwesenheit der jury kein Anlass besteht und die Schiedsrichter nicht vor unsachgemäßen Beeinflussungstaktiken geschützt zu werden brauchen – jedoch werden die im evidence-System möglicherweise nicht zugelassenen Beweismittel (etwa hearsay) entsprechend bei der Beweiswürdigung ihrem Gewicht nach berücksichtigt.¹⁵ Dies hat während der Verhandlung eine freiere Beweismittelpräsentierung zur Folge, als man es im amerikanischen Prozess, genauer in der amerikanischen Verhandlung gewöhnt ist.¹⁶

¹⁰ In der US-amerikanischen Praxis kann sich die Konstituierung der jury auf mehrere Monate erstrecken. Vgl. *Hazard/Tait/Fletcher*, S. 1121 ff.

¹¹ Wobei hieran gerade in letzter Zeit aus anderen Gründen Risse entstanden sind. Vgl. nur den große Diskussionen auslösenden spektakulären Fall *Esso/BHP Petroleum Ltd. v. Minister for Energy and Minerals Plowman*, 11 ArbInt 3 (1995), wo der High Court of Australia den Grundsatz der Vertraulichkeit der in Schiedsverfahren vorgelegten Beweismittel nicht anerkannte und damit zuerst an den Grundfesten der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit rührte. Vgl. dazu z.B. *Prütting*, FS Böckstiegel, S. 629 ff; *Baldwin*, 31 Texas Int'l L.J. 451 (1996); *Burger*, Rev.arb. 1998, 579, 592, und *Bagner*, JIntArb 18 (2), 243 (2001); *Trakman*, 22 ArbInt 1 (2002); *Haynes*, in: *Conflicting Legal Cultures*, 99 ff.

¹² Vgl. ebenso *Rogers*, 16 Ohio State Journal on Dispute Resolution 633 (2001).

¹³ Vgl. in bezug auf das Schiedsverfahren die auch psychologisch sehr interessante Aussage von *Mentschikoff*, 17 Law & Contemp.Probs. 706.: „More frequently the doubtful testimony or exhibit is taken for what weight it has, but the intrinsically irrelevant or only mildly probative evidence is practically never made the basis of decision. And the explicit ground for its admission is that it will make the other party feel better to have had his full say.”

¹⁴ Vgl. *Wetter*, JIntArb 2(2), 7, 24 (1985).

¹⁵ So explizit: *Lowenfeld*, in: *Conflicting Legal Cultures*, S. 19, 26. Ebenso *Ward*, JIntArb 13(3), 5, 7 (1996); *Domke*, Commercial Arbitration, S. 80.

¹⁶ Vgl. dazu die nornenhaft-unheilverkündende Aussage in bezug auf das amerikanische, mit den evidence und jury-trial rules verwachsene System von *Mentschikoff*, 17 Law & Contemp.Probs. 706.: „The law consumer does not like and fears a process in which he is not allowed to mention the things which seem to him to be of importance in a determination of the controversy. A system of decision which invokes fear obviously has within it the seeds of its own destruction.”

Hier muss man auch sehen, dass im amerikanischen Zivilprozess die evidence rules auch als Gegengewicht zur discovery funktionieren.¹⁷ Wie geschildert unterfallen der pre-trial discovery alle möglichen Gegenstände, auch solche, die nicht als Beweismittel in die Verhandlung eingeführt werden können. Dürfte man alles während der discovery Erforschte präsentieren, würde die jury mit irrelevantem Material überhäuft. Dieser Gedanke leitet über zur Überlegung, dass mit dem Wegfall der jury nicht nur die evidence rules, sondern auch letzten Endes die mit extremen Mitteln arbeitende discovery überflüssig wird.

Fällt die Beteiligung der Geschworenen im Verfahren – wie dies im Schiedsverfahren der Fall ist – weg, so wird nicht nur den evidence rules, sondern auch dem Hauptargument zugunsten der pre-trial discovery die Grundlage entzogen. Nunmehr ist es nicht so, dass das gesamte Tatsachenmaterial, das in der Verhandlung verwertet werden soll, ein für allemal stehen müsste, damit es in einem konzentrierten Termin auf die bis dahin uneingeweihte jury und den mit der Materie ebenfalls wenig vertrauten Richter geschüttet werden kann.

In Schiedsverfahren kommt der Schiedsrichter praktisch vom ersten Augenblick an mit der Tatsachenseite des Rechtsstreits in engste Berührung und er greift steuernd in den Ablauf der Beweisermittlung ein. Damit fällt aber das Hauptcharakteristikum der US-amerikanisch geprägten discovery, nämlich die Parteiherrschaft bei der Sachverhaltsermittlung weg.¹⁸ Im Gegensatz zum amerikanischen und im Einklang mit dem deutschen Recht läuft ohne Kenntnis des Entscheidungsorgans nichts während des schiedsgerichtlichen Beweisverfahrens. Im Gegenteil: es ist immer der Schiedsrichter, der entweder von Amts wegen oder auf Parteienantrag eine Beweiserhebung anordnet oder zulässt. Keinesfalls kann es dazu kommen – wie im amerikanischen Verfahren – dass der Richter schon mit einer fertigen Situation konfrontiert wird und gegen ihm vorher unbekannte Beweiserhebungen etwa Schutzmaßnahmen ergreifen soll.

3. Die Rolle des Streitgegenstandes

Eine von erfahrenen Schiedsrichtern immer wieder betonte Überlegung in bezug auf den Streitgegenstand bestätigt unseren bisherigen Gedankengang zusätzlich.¹⁹ Jene extrem weitgehenden Ausforschungsmöglichkeiten der US-amerikanischen discovery, die europäische Juristen das Fürchten gelehrt haben,

¹⁷ Diesen Aspekt (“jury and evidence as counterweight to discovery”) betont der Supreme Court z.B. in *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, 32 (1991).

¹⁸ Vgl. dazu *Böckstiegel*, in: Böckstiegel (Hrsg.), *Schiedsgerichtsbarkeit im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr*, S. 54.

¹⁹ Den Ansatz zu den hier folgenden Gedanken verdanke ich Herrn Professor Peter Schlosser. Interview Prof. *Schlosser*, Titlis 2002.

sind hauptsächlich auf solche Rechtsstreitigkeiten zugeschnitten, in denen die erheblichen Tatsachen und Beweismittel der Natur des Anspruchs nach den Beteiligten unbekannt sind. So kommt etwa der Kläger eines Arzthaftungsprozesses ohne die Vorlagepflicht des angeblich fahrlässig behandelnden Arztes nicht aus. Erst die Einsicht in Krankenunterlagen und Behandlungsprotokolle, die sich im Besitz des Beklagten befinden, lässt hoffen, dass das Klagebegehren substantiiert vorgebracht werden kann. Ebenso verhält es sich bei Schadensersatzklagen aus anderen deliktischen Ansprüchen, vornehmlich etwa in Produkthaftungsprozessen. Soll ein Konstruktionsfehler des schädigenden Produkts als tatsächliche Grundlage des Klagebegehrens substantiiert vorgebracht werden können, geht das in den meisten Fällen nur durch Besichtigung des Produktionsvorganges oder Einsicht in die Unterlagen des Produzenten. Somit ist eine *discovery* zumeist nur dann sinnvoll, wenn die Beteiligten in Unkenntnis der relevanten Tatsachen und Beweise sind, sieht man hier einmal vom ökonomischen Aspekt – nämlich der Erpressungspotenzial und der honorarerzeugenden Eigenschaft der *discovery* – ab.²⁰

Zwar zeigt die internationale Tendenz der Regelung der objektiven Schiedsfähigkeit eine kontinuierliche Ausweitung der schiedsfähigen Streitgegenstände, doch kann man davon ausgehen, dass der typische Gegenstand internationaler Schiedsverfahren auch in Zukunft nicht der Verkehrsunfall oder der „kleine“ Verbraucherschutzfall sein wird, sondern in der großen Mehrzahl weiterhin größere Transaktionen des internationalen Handels zur Entscheidung durch Schiedsgerichte anstehen werden. Diese Streitigkeiten zeichnen sich aber gerade dadurch aus, dass die Parteien typischerweise vollständige Kenntnis von dem Sachverhalt haben und beide bzw. alle Seiten im Besitz der relevanten Dokumente sind.²¹ Dementsprechend zeigt die internationale Schiedspraxis, dass selbst amerikanische Anwälte nicht auf der Durchführung einer *discovery* bestehen, sondern einfach die Dokumente, die vom Schiedsgericht als entscheidungserheblich angesehen werden, in der Verhandlung dem Schiedsgericht – und nicht dem Gegner!²² – vorlegen.

Hinzu kommt noch ein Nebenaspekt: Ein guter Teil des Anwendungsbereichs der *discovery*, nämlich die sogenannte *jurisdictional discovery*²³ fällt in der Schiedsgerichtsbarkeit von vornherein weg. Im Gegensatz zur *factual discovery* geht es hierbei um Ausforschung zwecks Herausfindung zuständigkeitsbegründender Umstände zugunsten eines dem Ausforschenden günstigen Gerichts. Die Existenz einer gültigen Schiedsvereinbarung macht die *jurisdictional discovery* gegenstandslos.

²⁰ Vgl. ebenso Schlosser, in: Böckstiegel, Rechtsfortbildung, S. 5, 13.

²¹ So auch Lowenfeld, in: *Conflicting Legal Cultures*, S. 19, 27.

²² Der Gegner erlangt erst durch das Schiedsgericht oder höchstens zeitgleich mit dem Schiedsgericht, nicht aber vor ihm Kenntnis und Einsicht.

²³ Vgl. dazu nur Junker, IPRax 1986, 197, 207 f.

4. Der Wegfall des Aufbauunterschiedes

Aus all den aufgezeigten Modalitäten, nämlich dem abgemilderten Untersuchungsgrundsatz, der bestimmenden Rolle des Schiedsrichters bei der Sachverhaltsermittlung, dem Fehlen der Laienbeteiligung und den typischen Streitgegenständen in der Schiedsgerichtsbarkeit folgt zusammenfassend der Wegfall des stiltypischen Unterschiedes zwischen US-amerikanischem und deutschem Recht im Verfahrensaufbau. Im US-amerikanischen Zivilprozess ist gerade das Gegenteil dieser Voraussetzungen maßgebend dafür, dass die Vorverhandlungsphase praktisch allein für die Beweismittelbeschaffung durch die Parteien unter Ausschaltung des Gerichts verantwortlich ist.

Hinsichtlich der Sachverhaltsermittlung ist in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – vereinfachend gesagt – eine zweifache Verschiebung zu beobachten. Zum einen ist eine zeitliche Verschiebung zugunsten der Verhandlungsphase gegeben, wodurch die Vorverhandlungsphase mit Schwerpunkt Sachverhaltsermittlung überflüssig wird; zum anderen – und das folgt zwangsläufig aus der erstgenannten – liegt eine personelle Verschiebung zugunsten der Schiedsrichter vor, die vom ersten Augenblick an die Kontrolle über das Beweisverfahren besitzen.²⁴

Diese Verschiebung der Tatsachenermittlung auf den Verfahrensabschnitt der Verhandlung erweist sich zusätzlich zu den oben genannten Gründen auch deswegen als unvermeidlich, weil die Schiedsrichter vielfach selbst Experten des im Streit befangenen Sachverhaltes sind und damit eine solche Trennung des Sachverständigenbeweises von der rechtlichen Würdigung des Falles, wie man es im ordentlichen Zivilprozess gewöhnt ist, theoretisch und praktisch oft überhaupt nicht denkbar ist.

Die zeitliche und personelle Verschiebung der Sachverhaltsermittlung in der Schiedsgerichtsbarkeit hat erwartungsgemäß vor allem bei amerikanischen Parteien zu Zweifeln und zur Hinterfragung der Legitimität von Schiedsverfahren geführt. Schließlich führen diese Verschiebungen zur Aufhebung eines Grundpfeilers der eigenen Prozessordnung, nämlich der pre-trial discovery in Parteiherrschaft. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat jedoch diese Zweifel eindeutig ausgeräumt und in einer durchaus praktischen Sichtweise die Schiedspraxis ohne oder mit beschränkter discovery gebilligt. Es sei hier nur eine wichtige Entscheidung des Supreme Court herausgegriffen, um die Argumentation der höchsten US-amerikanischen Instanz vorzustellen:

²⁴ Diese personelle Verschiebung wird durch praktische Erfahrungen untermauert und eindeutig auch im Vergleich zur discovery betont. Vgl. z.B. den Satz bei *Mentschikoff*, 17 Law & Contemp.Probs. 705, 707: "A good arbitrator will do what the good pre-trial judge does."

Im Fall *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.* wollte der Kläger die Aufhebung eines Schiedsspruchs des ständigen Börsenschiedsgerichts am New York Stock Exchange²⁵ erreichen. Er hat die Klage unter anderem mit der Begründung versehen, es hätten ihm im Rahmen des Schiedsverfahrens nicht genügend Möglichkeiten zur Erforschung des Sachverhalts zur Verfügung gestanden. Im Grunde bemängelte er damit die Abweichung der Art und Weise der Sachverhaltsermittlung von der Praxis der Bundesgerichte.²⁶ Der Supreme Court hat diese Argumentation mit der Begründung abgelehnt, die NYSE Arbitration Rules enthielten genügend discovery-Vorschriften, die dem Kläger die realistische Möglichkeit zur Sachverhaltserforschung böten. Es stimme zwar, dass diese in ihrer Intensität und Reichweite hinter der der discovery bei den Bundesgerichten zurückblieben doch müsse derjenige, der eine Schiedsvereinbarung abschließe, in Kauf nehmen, dass die gewohnten Wege der Gerichtspraxis verlassen und durch eine schnellere, effizientere und zugleich auch informellere Verfahrensweise ersetzt würden. Der Preis für diese vorteilhaften Seiten der Schiedsgerichtsbarkeit sei das Fehlen bzw. die Beschränkung der discovery, ein Nachteil, der freilich wiederum durch das Fehlen der evidence rules ausgeglichen würden:

„Moreover, there has been no showing in this case that the NYSE discovery provisions, which allow for document production, information requests, depositions, and subpoenas ... will prove insufficient to allow ... claimants ... a fair opportunity to present their claims. Although those procedures might not be as in the federal courts, by agreeing to arbitrate, a party ‘trades the procedures and opportunity for review of the courtroom for the simplicity, informality, and expedition of arbitration’ (Mitsubishi) Indeed, an important counterweight to the reduced discovery in NYSE arbitration is that arbitrators are not bound by the rules of evidence.”²⁷

In einem anderen Fall kommt der gleiche Gedanke des „Entweder-Oder“ vielleicht noch bildhafter zum Ausdruck. Der staatliche Richter versagte deswegen die Erzwingung der Schiedsvereinbarung (motion to compel arbitration), weil die Partei vorher discovery vor einem staatlichen Gericht betrieben hatte:

„... Court denied plaintiff's demand for arbitration where the plaintiff in a civil suit took advantage of a discovery procedure not available in arbitration to gain pre-trial access to the defendant's evidence. After benefiting from that access plaintiff then demanded arbitration, thereby cutting off the defendant's ability to participate in discovery.”²⁸

²⁵ Abgekürzt: NYSE.

²⁶ *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, 32 (1991): „Gilmer also complains that the discovery allowed in arbitration is more limited than in the federal courts ...”

²⁷ *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, 32 (1991).

²⁸ *Prime South Homes, Inc. v. Byrd*, 102 NC App. 255, 401 SE2d 822. (Zitiert nach 4 Am.Jur. 2d §187).

Ganz auf der gleichen Linie liegt die Rechtsprechung der unteren amerikanischen Gerichte, die manchmal wortwörtlich mit den gleichen Argumenten wie der Supreme Court eine „arbitral discovery“ ablehnen. Zum Nachweis sollen hier nur einige schillernde Entscheidungen stellvertretend für andere kurz zitiert werden. Im Fall *De Sapio v. Kohlmeyer* argumentiert ein New Yorker Gericht, die Verfügbarkeit von Ausforschungsmöglichkeiten sei ein bedeutender Faktor, der Gerichtsverfahren und Schiedsverfahren unterscheide. Wörtlich führt die Entscheidung aus: „Der Gerichtssaal dürfe nicht als bequeme Vorhalle für den Schiedsgerichtsplatz gebraucht werden, um einer Partei die Möglichkeit zu geben, die von ihr gewünschte Kombination von Gerichtsverfahren und Schiedsgerichtsbarkeit zu erreichen.“ Entscheidet sich eine Partei für den Schiedsweg, sei daraus der grundsätzliche Verzicht auf die Einsetzung der discovery-Mechanismen zu folgen:

„The availability of the disclosure devices is a significant differentiating factor between judicial and arbitral proceedings ... The court room may not be used as a convenient vestibule to the arbitration hall so as to allow the party to build his own unique structure combining litigation and arbitration.“²⁹

Ebenso argumentiert ein Bundesgericht in der Entscheidung *Burton v. Bush*, wo es heißt, die Parteien hätten auf Nettigkeiten wie die discovery durch Abschluss der Schiedsvereinbarung verzichtet:

„When contracting parties stipulate that disputes will be submitted to arbitration, they relinquish the right to certain procedural niceties which are normally associated with a formal trial. One of these accoutrements is the right to pre-trial discovery.“³⁰

²⁹ *De Sapio v. Kohlmeyer*, 35 NY 2d 402 (1974). Die deutsche Übersetzung habe ich Schlosser, in: Böckstiegel, Rechtsfortbildung, S. 5, 12 entnommen. Vgl. ebd. die aufschlussreiche Bemerkung Schlossers: „So notwendig im Interesse der prozessualen Gerechtigkeit, wie von amerikanischen Anwälten, insbesondere den ‚litigators‘, immer wieder versichert wird, scheint US style pretrial discovery wirklich nicht zu sein, wenn es in der Schiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich auch anders geht.“

³⁰ *Burton v. Bush*, 614 F.2d 389, 390 (4th Circuit, 1980). Ähnliche Argumentation in *Suarez-Valdez v. Shearson Lehman/American Exp., Inc.*, 845 F.2d 950: „An agreement to arbitrate is an agreement to proceed under arbitration and not under court rules.“ Vgl. auch die grundsätzlichen, der arbitral discovery abgeneigten Aussagen der Gerichte in *United Nuclear Corp. v. General Atomic Co.*, 597 P.2d 290, 302 (N.M. 1979): „As a general rule, discovery is very limited in arbitration proceedings.“ und in *O.R. Sec., Inc. v. Professional Planning Assoc.*, 857 F.2d 742, 747 (11th Cir. 1988): „Arbitration proceedings are summary in nature ... with only restricted inquiry into factual issues.“

Allerdings zeichnet sich gerade in den letzten Jahren in der Rechtsprechung mancher Bundesgerichte auch eine die arbitral discovery gutheiße Tendez ab, so dass man sich vor Verallgemeinerungen auch hier hüten sollte. So bejaht etwa der 8th Circuit in seiner Entscheidung *In re Security Life* vom Jahre 2000 die Autorisation von Schiedsgerichten zu Vorlageanordnungen an die Parteien vor der Verhandlung.³¹

Ein zusätzlicher Grund für die Ungebräuchlichkeit der arbitral discovery ist deren Unerzwingbarkeit.³² Während in Verfahren nach den Federal Rules die Nichtbefolgung von discovery-Anordnungen praktisch automatisch die mit verheerenden finanziellen Folgen einhergehende Sanktion der Missachtung des Gerichts (*contempt of court*) zur Folge hat, haben Schiedsrichter selbst keine Zwangsbefugnisse. Zu einer pre-arbitral discovery-Anordnung, bzw. zu deren Erzwingung ringen sich staatliche Gerichte³³ erfahrungsgemäß nur in äußersten Notsituationen durch, etwa bei Gefahr des Untergangs von Beweismitteln oder der unverhältnismäßigen Erschwerung der Beweisführung bei Verzug, also etwa unter vergleichbaren Voraussetzungen, die ein selbständiges Beweisverfahren nach deutschem Recht ermöglichen.³⁴ Ein anschauliches Beispiel bietet hierfür etwa der Fall *Bergen Shipping Corp. v. Japan Marine Service Ltd.*³⁵, in dem die Besatzungsmitglieder eines Schiffes als Zeugen hatten befragt werden müssen, kurz bevor das Schiff den Anker lichtete.³⁶

Auch discovery-Begehren „am anderen Ende“ des Verfahrens, nämlich während der Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs stehen US-amerikanische Gerichte grundsätzlich ablehnend gegenüber. So wollte beispielsweise im interessanten (weil sich an der Schnittstelle von discovery-Fragen in staatlichem Prozess und Schiedsverfahren bewegenden) und in persönlicher Hinsicht spektakulären Fall *Imperial Ethiopian v. Baruch-Foster*³⁷ das durch den Schiedsspruch zur Zahlung verurteilte Unternehmen die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs durch sehr weitläufige discovery-Anträge hinauszögern oder möglicherweise sogar vereiteln. Der die Vollstreckung betreibende Gläubiger (Äthiopien) sollte seine ganze Korrespondenz und sämt-

³¹ *In re Security Life Insurance Co. of America*, 228 F.3d 865 (8th Circuit 2000).

³² So *Rubino-Sammartano*, International Arbitration Law, S. 384. Ebenso *Craig/Park/Paulsson*, §26.01, S. 450.

³³ Im Rahmen ihrer Beweisrechtshilfebefugnisse nach § 7 FAA (vgl. dazu eingehender unten VI, bei der Behandlung der Rechtshilfe).

³⁴ Vgl. §§ 485 ff. ZPO.

³⁵ *Bergen Shipping Corp. v. Japan Marine Service Ltd.*, 386 F.Supp. 430 (SDNY 1974). Vgl. dazu *Schlosser*, Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 640-641.

³⁶ Ebenso etwa *Koch Fuel International Inc. v. M/V South Star*, 118 F.R.D. 318 (E.D.N.Y. 1987). Für weitere Beispiele der Rechtsprechung zur „discovery in arbitration“ vgl. auch *Craig/Park/Paulsson*, §26.01 und *Schlosser*, Schiedsgerichtsbarkeit, Fußnoten zu Rn. 640-641.

³⁷ *Imperial Ethiopian Government v. Baruch-Foster Corp.*, 535 F.2d 334 (5th Circuit 1976).

liche Akten, die über die Beziehungen seines Landes zu Professor René David – der im vorausgehenden Schiedsverfahren der Vorsitzende war – Aufschluss zu geben hätten vermocht, damit so womöglich die Einrede der Befangenheit hätte untermauert werden können. Dem Antrag wurde dann nicht stattgegeben.³⁸ Das für die Anerkennung zuständige Bundesdistriktgericht und anschließend auch das Berufungsgericht wiesen den discovery-Antrag mit der Argumentation zurück, der Verlierer eines Schiedsverfahrens dürfe die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs nicht durch langwierige discovery-Prozeduren hinauszögern („einfrieren“) können: „The loser in arbitration cannot freeze the confirmation proceedings in their tracks and indefinitely postpone judgment by merely requesting discovery.”³⁹

Diese Befunde machen für die Suche nach Kompromissen im Dienste der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit insoweit Hoffnung, als sie belegen, dass selbst die amerikanische Rechtsprechung nicht an der wichtigsten Eigenart des common law Zivilprozesses festhält, wenn sie im Zusammenhang mit Schiedsverfahren zur Anwendung kommen sollte.

In *Gilmer* bestätigt der Supreme Court – ebenso wie in den zitierten Entscheidungen die unteren Gerichte – das auch in der vorliegenden Arbeit vertretene Ergebnis, dass in der Schiedsgerichtsbarkeit die Sachverhaltsaufklärung notwendigerweise dahingehend eine Gewichtsverschiebung erfährt, dass sie sich weg von der pre-trial discovery und in die Verhandlung verlagert. Damit stellt sich aber die Frage, ob die vergleichenden Untersuchungen nicht bereits an dieser Stelle gegenstandslos geworden sind: Hat es noch einen Sinn, zwischen europäischen, vornehmlich deutschen und US-amerikanischen Rechtsvorstellungen Kompromisse für die Zwecke der Schiedsgerichtsbarkeit zu suchen, nachdem sich herausgestellt hat, dass sich diese der pre-trial discovery nicht einmal in rein amerikanischen Fällen bedient? Erübrigen sich mit dem Nachweis des Wegfalls des Hauptunterschiedes zwischen den Beweisrechtsordnungen nicht auch gleich die anderen noch ins Auge gefassten Untersuchungen etwa bezüglich der einzelnen Beweismittel? Die Antwort auf diese Fragen ist nach der hier vertretenen eindeutig eine verneinende.

5. Der Zeitaspekt

Zusätzlich zu all diesen Überlegungen soll noch der zeitliche Aspekt im Rahmen der herausgestellten Unterschiede zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und ordentlichem Prozess kurz angesprochen werden. Aussagen amerikanischer Gerichte hierzu bestätigen ebenfalls unseren Befund, indem sie immer wieder den Vorzug der Schnelligkeit des Schiedsverfahrens hervorheben. Dies soll

³⁸ Vgl. dazu *Sandrock*, 9 U.Penn.JIBL 27, 62 (1987); *Schlosser*, NJW 1978, 455.

³⁹ *Imperial Ethiopian Government v. Baruch-Foster Corp.*, 535 F.2d 334, 337 (5th Circuit 1976).

natürlich nicht pauschal verstanden werden, vielmehr im Kontext, wie es etwa ein Bundesdistriktgericht in einer vielzitierten Entscheidung verstanden haben wollte. In *Hunt v. Mobil Oil*⁴⁰ hat das Gericht das parallel laufende staatliche Gerichtsverfahren eingestellt und die Fortsetzung des Schiedsverfahrens mit der Begründung erzwungen, eine im Zivilprozess übliche discovery würde das Schiedsverfahren (das seiner Meinung nach offenbar keine discovery zulässt) unzumutbar verzögern.

6. Die trotz der gezeigten strukturellen Annäherung fortbestehenden Unterschiede hinsichtlich der einzelnen Beweismittel

Die Verneinung der vorweg gestellten Fragen resultiert aus der Erkenntnis, dass der Wegfall einzelner, für einen Rechtskreis typischer Verfahrensrechtsinstitute (vor allem jury, pre-trial, adversary system) nicht zugleich automatisch bedeutet, dass die mit diesen Instituten verflochtenen Mechanismen auf einmal gelöscht wären aus dem Bewusstsein der an diese Mechanismen gewohnten Vertreter des betreffenden Rechtskreises. Selbst wenn es so ist, dass in internationalen Schiedsgerichtsverfahren keine discovery vor der Verhandlung in Eigenregie der Anwälte stattfindet, bleiben die aus der heimischen Rechtsordnung mitgebrachten Denkparadigmen bezüglich Art und Weise der Beweisermittlung grundsätzlich erhalten.

Amerikanische Anwälte und Parteien werden auch weiterhin – in der nunmehr zeitlich verschobenen – Beweisermittlung etwa die cross-examination für die beste Methode der Zeugenbefragung halten, auch wenn sie keine Gelegenheit hatten, die Zeugen der anderen Seite in der (Schieds)Vorverhandlungsphase zu Aussagen zu zwingen und anschließend eigene Zeugen zu „trainieren“.⁴¹ Losgelöst von der Frage des Verfahrensaufbaus und deswegen weiter problematisch ist auch der bekannte Unterschied zwischen US-amerikanischem und deutschem Recht hinsichtlich der Behandlung von Parteiaussagen. Während das amerikanische Recht von der einheitlichen Kategorie des Zeugen (witness) ausgeht und dazu auch die Partei rechnet, misst das deutsche Recht der Parteiaussage bekanntlich immer noch eine Sonderstellung als subsidiäres Beweismittel zu. In bezug auf diese beiden zentralen Probleme soll der Frage nachgegangen werden, welche Gestaltung sich für die Zwecke der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit besser eignet bzw. welche sich unter Umständen bereits in der Praxis durchgesetzt hat.

⁴⁰ *Hunt v. Mobil Oil Corp.*, 583 F.Supp. 1092 (D.C.N.Y. 1984).

⁴¹ „Witness coaching.“ Vgl. dazu ausführlich *Timmerbeil*, Witness Coaching und Adversary System.

Gleiches gilt für den Sachverständigenbeweis. Auch wenn die Anwälte keine Möglichkeit haben, nach US-amerikanischem Vorbild praktisch alles über den Sachverständigen der anderen Seite und sogar über den wesentlichen Inhalt seines Gutachtens bereits in der Vorverhandlungsphase zu erfahren, werden sie sicherlich nicht ganz von ihrem Konzept des Parteisachverständigen weichen und das Feld völlig dem Gerichtssachverständigen deutscher Prägung überlassen. Wie gezeigt werden soll, schließt die schiedsrichterliche Kontrolle über das Beweisverfahren Zugeständnisse an das amerikanisch geprägte System von Parteisachverständigen nicht aus. Die internationale Schiedspraxis bedient sich seit langem einer Methode, die durchaus Elemente beider Beweisrechtstraditionen in sich vereinigt. Dieser Methode gilt es auch rechtsvergleichend nachzugehen.

Als höchst problematisch wird sich auch der Urkundenbeweis herausstellen, vor allem was den Umfang der Dokumentenvorlagepflicht und die Art und Weise der Vorlegung betrifft. Der Wegfall der klassischen pre-trial discovery bedeutet zunächst nur, dass die Parteien und deren Anwälte einander nicht ohne Wissen des Gerichts ausforschen können. Die Maßstäbe bezüglich der Relevanz der verlangten Urkunden und der schutzwürdigen Interessen der Beweispersonen bleiben jedoch auch weiterhin grundverschieden. Deswegen kommt es in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit mit besonderem Gewicht darauf an, die schiedsrichterliche Kontrolle über das Maß des Erforschbaren kompromissmäßig auszugestalten. Unzertrennlich hiervon ist dann in einem allgemeineren Kontext, d.h. nicht nur in bezug auf den Urkundenbeweis, sondern auf sämtliche Beweiserhebungsmethoden, die Aufgabe der sensiblen und für alle Seiten annehmbaren Regelung der Weigerungsrechte, die gerade in den hier untersuchten Rechtsordnungen bedeutende Unterschiede aufweisen.

Für die sonstigen, sich an das Beweisrecht anschließenden Problembereiche in der Schiedsgerichtsbarkeit, nämlich für die Sanktionierung der Beweisvereitelung und für die Beweisrechtshilfe zugunsten internationaler Schiedsgerichte bedarf es schließlich keiner vertieften Begründung, dass die mit ihnen erwachsenden Probleme nicht durch den Wegfall der discovery gegenstandslos geworden sind. Beide Gebiete weisen im deutschen und US-amerikanischen Recht wesentliche Unterschiede in der Regelung auf, die eine Abstimmung für die Zwecke der Schiedsgerichtsbarkeit notwendig machen. Beide Gebiete werden zudem innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit richtig problematisch erst wegen des Fehlens der hoheitlichen Legitimation der Schiedsgerichte. Demgegenüber kommt es wenig darauf an, ob Beweissanktionen oder Beweisrechtshilfe in einem discovery-ähnlichen oder in einem durchs Schiedsgericht kontrollierten Beweisverfahren nötig werden.

Sowohl bei der Handhabung der einzelnen Beweismittel als auch bei den zusätzlichen Instrumenten der Durchführung des Beweisverfahrens (Sanktionen und Rechtshilfe) in der Schiedsgerichtsbarkeit bleiben demnach die Unterschiede in der Herangehensweise der Juristen verschiedener Herkunft bestehen. Dies trifft auch ungeachtet der Tatsache zu, dass ein wesentlicher Bestandteil des US-amerikanischen Prozessrechts, die *discovery* sich als für die Zwecke der Schiedsgerichtsbarkeit nicht empfehlenswert und auch überflüssig erwiesen hat und damit eine gewisse Annäherung an das europäische Prozessrechtsdenken stattgefunden hat – wenigstens was die allgemeine Verfahrensstruktur angeht.

RESÜMEE

Common law discovery und internationale private Schiedsgerichtsbarkeit

ISTVÁN VARGA

In seiner Abhandlung stellt der Autor im Bereich der Beweiserhebung in internationalen privaten Schiedsverfahren eine strukturelle Annäherung des US-amerikanischen und des deutschen Zivilprozesses vor.

In internationalen Schiedsverfahren scheiden Eigenarten des US-amerikanischen Zivilprozesses aus. Die Laienbeteiligung fällt z.B. weg, die *evidence rules* kommen nicht zur Anwendung, und auch die Ausforschungsmöglichkeiten sind nicht so weitreichend, wie man im US-amerikanischen Prozessrecht gewohnt ist – um nur einige Beispiele zu nennen. Selbst die amerikanische Rechtsprechung hält an der Eigenart des *common law discovery* in Schiedsverfahren nicht fest – wie das anhand von Supreme Court Entscheidungen dargestellt wird. Im Allgemeinen kann man hinsichtlich der Sachverhaltsermittlung eine zweifache Verschiebung beobachten: eine zeitliche zugunsten der Verhandlungsphase (gegenüber der *pre-trial* Phase des US-amerikanischen Rechts), und eine personelle Verschiebung zugunsten der Schiedsrichter, die vom ersten Augenblick die Kontrolle über das Beweisverfahren haben (im Gegensatz zum *adversary process* des US-amerikanischen Rechts).

Zum Schluss weist aber der Autor auf weiterhin verbleibende Unterschiede hinsichtlich der einzelnen Beweismittel in den zwei Prozessrechten hin, die die Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren trotz der dargestellten strukturellen Annäherung beeinflussen.

SUMMARY

Common Law Discovery and International Arbitration

ISTVÁN VARGA

The author of this paper presents a structural approach of the civil procedural laws of the United States and Germany experienced in the process of evidence hearing in international arbitral proceedings.

In international arbitral proceedings characteristic instruments of the common law procedure are not applied. To name only a couple of examples, the jury-system is generally not preferred by the parties, the evidence rules are not applied and the discovery is not as far-reaching as it is in common law. The american case-law itself does not adhere to its discovery in arbitration – as it is demonstrated on the basis of Supreme Court decisions. A twofold shifting can be generally observed: one in favor of the trial phase compared to the pre-trial phase, and a personal one in favor of the arbitrators, who have a control over evidence hearing from the first moment of the proceeding on (compared to the adversary process of common law).

Concluding the paper the author draws attention to the fact that despite the structural approach demonstrated in his paper, some differences concerning evidence can be detected, still affecting the rules of evidence hearing in international arbitral proceedings.

